

Inhaltsübersicht

Einleitung

I. Problemstellung	25
II. Begriff der Prozeduralisierung	26
III. Gang der Untersuchung	27

Teil 1

Prozeduralisierung und Recht

A. Prozeduralisierung des Rechts	31
I. Begriff der Gerechtigkeit	31
II. Prozedurale Gerechtigkeit am Beispiel von John Rawls	32
III. Diskurstheorien: Von der prozeduralen Gerechtigkeit zur Prozeduralisierung des Rechts	41
IV. Rechtssoziologischer Ansatz bei Luhmann	47
V. Prozedurales Recht	51
VI. Zusammenfassung	54
B. Prozeduralisierung im (Verwaltungs-)Recht	55
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Verwaltungsverfahrens	56
II. Insbesondere: Verfahrensdimension der Grundrechte	62
III. Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts	83
IV. Prozeduralisierung durch Europäisierung	94
V. Zusammenfassung	102

Teil 2

Der Verfahrensgedanke im Recht des Europäischen Binnenmarktes

A. Grundfreiheiten	104
I. Einleitung	104
II. Funktionen der Grundfreiheiten	105

III. Genehmigungsvorbehalte am Beispiel der Lebensmittelzusätze	114
IV. Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen für Arzneimittel	130
V. Anerkennung von Berufsqualifikationen	150
VI. Vergabe öffentlicher Aufträge	172
VII. Zusammenfassung	221
B. Beihilfenrecht	224
I. Primärrechtliche Grundlage	224
II. Prozeduralisierung des Beihilfentatbestandes	229
III. Materieller Vergleichsmaßstab der Vermögensprivatisierung	238
IV. Prozeduraler Vergleichsmaßstab der Vermögensprivatisierung	246
V. Materieller Vergleichsmaßstab der Aufgabenprivatisierung	263
VI. Prozeduraler Vergleichsmaßstab der Aufgabenprivatisierung	277
VII. Konvergenz von Beihilfen- und Vergaberecht	289
VIII. Zusammenfassung	298
Ergebnisse	300
Literaturverzeichnis	307
Sachverzeichnis	334

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

I.	Problemstellung	25
II.	Begriff der Prozeduralisierung	26
III.	Gang der Untersuchung	27

Teil 1

Prozeduralisierung und Recht

A.	Prozeduralisierung des Rechts	31
I.	Begriff der Gerechtigkeit	31
II.	Prozedurale Gerechtigkeit am Beispiel von John Rawls	32
1.	Rawls' „Eine Theorie der Gerechtigkeit“	32
a)	Einordnung in die Gesellschaftstheorien	32
b)	Rawls' Gesellschaftsvertrag	33
aa)	Urzustand	34
bb)	Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit	36
cc)	Zwei Begründungsebenen	37
2.	Prozedurale Gerechtigkeit bei Rawls	38
a)	(Un-)Vollkommene Verfahrensgerechtigkeit	39
b)	(Quasi-)Reine Verfahrensgerechtigkeit	39
c)	Vier-Stufen-Gang	40
d)	Fazit	41
III.	Diskurstheorien: Von der prozeduralen Gerechtigkeit zur Prozeduralisierung des Rechts	41
1.	Allgemeine Diskurstheorie	42
a)	Begriff des Diskurses	42
b)	Bedingungen des idealen Diskurses	43
2.	Diskurstheorie des Rechts	44
a)	Grundlagen des Rechtssystems	44
b)	Theorie der juristischen Argumentation	45
3.	Ergebnis	46

IV.	Rechtssoziologischer Ansatz bei Luhmann	47
1.	Einordnung	47
2.	„Legitimation durch Verfahren“	47
3.	Fazit	50
V.	Prozedurales Recht	51
1.	Begriff	51
2.	Komplementäre und kompensatorische Prozeduralisierung	52
VI.	Zusammenfassung	54
B.	Prozeduralisierung im (Verwaltungs-)Recht	55
I.	Verfassungsrechtliche Grundlagen des Verwaltungsverfahrens	56
1.	Demokratieprinzip	57
2.	Rechtsstaatsprinzip	61
II.	Insbesondere: Verfahrensdimension der Grundrechte	62
1.	Abwehrfunktion	63
2.	Schutzfunktion	63
a)	Schutz vor Gefahren	64
b)	Schutz durch Teilhabe	65
3.	Verfahrensdimension der Grundrechte	65
a)	Allgemeines	65
b)	Rechtsprechung des BVerfG	66
aa)	Erste Ansätze	66
bb)	Gestaltung des Verwaltungsverfahrens	67
cc)	Auslegung von Verfahrensvorschriften	68
(1)	Mülheim-Kärlich-Beschluss	68
(2)	Minderheitsvotum zum Mülheim-Kärlich-Beschluss	69
(3)	Beschluss „Gerichtliche Prüfungskontrolle“	71
(4)	Stellungnahme	72
dd)	Schaffung von Verfahrensvorschriften	73
ee)	Fazit	74
c)	Literatur	74
aa)	Vorbereitung	75
bb)	Dogmatische Einordnung	76
d)	Problem des Konkretisierungsgrades	78
aa)	Konkretisierende Auslegung von Verfassungsrecht	78
bb)	Grenzen der Grundrechtskonkretisierung	79
e)	Ergebnis	82
4.	Fazit	83

	Inhaltsverzeichnis	13
III.	Entwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts	83
	1. Kodifiziertes Verwaltungsverfahren	83
	2. Verhältnis von materiellem und Verfahrensrecht i. R. d. VwVfG	86
	3. Neue Typen des Verwaltungsverfahrens	89
	4. Begriff des Verwaltungsverfahrens	92
	5. Fazit	93
IV.	Prozeduralisierung durch Europäisierung	94
	1. Begriff der Europäisierung	94
	2. Prozeduralisierung mittels Gemeinschaftsverwaltungsrechts	96
	a) Direkte Europäisierung	97
	b) Indirekte Europäisierung	98
	aa) Effektivitätsgrundsatz	99
	bb) Äquivalenzgrundsatz	100
	cc) Grundfreiheiten	101
	3. Fazit	101
V.	Zusammenfassung	102

Teil 2

Der Verfahrensgedanke im Recht des Europäischen Binnenmarktes

A.	Grundfreiheiten	104
	I. Einleitung	104
	II. Funktionen der Grundfreiheiten	105
	1. Abwehrrecht	105
	2. Schutzrecht	107
	a) Rs. C-265/95 (<i>Kommission/Frankreich</i>)	108
	b) Rs. C-112/00 (<i>Schmidberger</i>)	109
	c) Fazit	110
	3. Verfahrensrechtliche Dimension	110
	a) Schutzrecht	110
	b) Abwehrrecht	112
	c) Grundfreiheiten und Harmonisierung	113
	III. Genehmigungsvorbehalte am Beispiel der Lebensmittelzusätze	114
	1. Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Lebensmittelrecht	114
	2. Rechtfertigung von Verkehrsverboten	116
	a) Absolute Verkehrsverbote	117
	b) Relative Verkehrsverbote: Zulassungserfordernis	118

3. Materielle Anforderungen an Zulassungserfordernisse	119
4. Prozedurale Anforderungen an Zulassungserfordernisse	121
a) Zugänglichkeit des Genehmigungsverfahrens	121
aa) Rechtliche Grundlage	122
(1) Verfahren	122
(2) Entscheidung	124
bb) Verfahrensaufwand	124
cc) Begründungs- und Beweislast	125
b) Gerichtlicher Rechtsschutz	126
c) Fazit	126
5. Auswirkungen auf das deutsche Recht	126
a) § 54 LFGB	126
b) Anwendbarkeit des VwVfG	128
6. Fazit	128
IV. Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen für Arzneimittel	130
1. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen	130
a) Kostenerstattung und Binnenmarktrecht	130
b) EuGH, Rs. 238/82 (<i>Duphar/Niederlande</i>)	130
c) Mitteilung der Kommission zur Arzneimittel-Preiskontrolle und -Kostenerstattung	133
aa) Materielle Anforderungen	133
bb) Prozedurale Anforderungen	134
d) Arzneimittel-Transparenzrichtlinie (RL 89/105/EWG)	135
e) Bewertungskriterien	136
f) Bewertungsverfahren	137
aa) Anwendungsbereich der Art. 6, 7 RL 89/105/EWG	137
bb) Entscheidungsfrist	138
cc) Begründete Entscheidung	140
dd) Rechtsschutz	140
ee) Fazit	141
2. Auswirkungen auf das deutsche Recht	142
a) Regelungen im SGB V	142
b) Adressat der Verfahrensanforderungen	143
c) Normative Anknüpfung der Verfahrensanforderungen	145
d) Prozedurale Anforderungen	147
e) Sonderproblem „Anhörung“	147
3. Fazit	149
V. Anerkennung von Berufsqualifikationen	150

1. Berufsqualifikationen und Binnenmarkt	150
2. Sekundärrecht	151
a) Vertikale und horizontale Richtlinien	151
b) Berufsqualifikationsrichtlinie (RL 2005/36/EG)	152
3. Verhältnis von Sekundär- und Primärrecht	153
4. Grundfreiheitsliche Anforderungen in der Rspr. des EuGH	154
a) Grundfreiheitskonforme Anwendung nationalen Rechts	155
b) Recht auf Durchführung eines Überprüfungsverfahrens ohne Harmonisierung	158
aa) EuGH, Rs. 222/86 (<i>Unectef/Heylens</i>)	158
bb) EuGH, Rs. C-340/89 (<i>Vlassopoulou</i>)	160
c) Pflicht zur Normierung eines Homologierungsverfahrens	162
d) Ergebnis	165
5. Homologierungsverfahren für Berufsqualifikationen	166
a) Zugänglichkeit des Verfahrens	166
b) Transparenzgebot und Ermessensbegrenzung	167
c) Unparteiische Entscheidungsinanz	168
d) Anhörung	168
e) Entscheidungsfrist	169
f) Begründung	169
g) Rechtsschutz	170
6. Fazit	170
VI. Vergabe öffentlicher Aufträge	172
1. Einführung	172
2. Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen	173
a) Primärrecht	173
b) Sekundärrecht	175
3. Paradigmenwechsel: Von der kompensatorischen zur komplementären Prozeduralisierung	177
a) Zweck des Vergabeverfahrens	177
b) Kompensatorische Prozeduralisierung im Haushaltsvergaberecht	179
aa) Prozedurale Kompensation i. R. d. Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes ...	179
bb) Komplementärer Grundrechtsschutz im Vergabeverfahren	181
c) Komplementäre Prozeduralisierung im EG-primärrechtlichen Vergabeverfahren	184
aa) Auftragsvergabe im Binnenmarkt	184
bb) Komplementärfunktion des Vergabeverfahrens	184
cc) Ergebnis	185
d) Fazit	186

4. Primärvergaberecht	187
a) Reichweite	187
aa) Öffentliche Auftraggeber	187
bb) Binnenmarktrelevanz durch grenzüberschreitendes Interesse	188
(1) Interesse potenzieller Bieter	188
(2) Binnenmarktrelevanz	190
cc) Konkretisierungsmaßstab	191
dd) Keine Übertragung der Anforderungen der Vergaberichtlinien	194
ee) Beschränkung durch den Effizienzgrundsatz?	195
b) Materielle Anforderungen der Grundfreiheiten	196
aa) Produktbezogene Vorgaben	196
bb) Bieterbezogene Vorgaben	197
cc) Fazit	198
c) Primärrechtliche Vergabegrundsätze	199
aa) Transparenzgrundsatz	199
bb) Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter	200
cc) Kein allgemeiner Wettbewerbsgrundsatz im Primärvergaberecht	202
d) Prozedurale Anforderungen der Grundfreiheiten	203
aa) Publizität	204
(1) Vorinformation	205
(2) Vergabebekanntmachung	205
(a) Form	206
(b) Ausnahmen	210
(c) Inhalt	211
bb) Frist zur Angebotsabgabe	213
cc) Auftragsvergabeverfahren	214
dd) Rechtsschutz	216
(1) Bedeutung	216
(2) Anforderungen	217
5. Fazit	219
VII. Zusammenfassung	221
B. Beihilfenrecht	224
I. Primärrechtliche Grundlage	224
1. Zweck des Beihilfenverbotes	224
2. Begünstigung i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV	225
a) Leistung	226
b) Marktgerechte Gegenleistung	226
3. Art. 106 AEUV	227

II.	Prozeduralisierung des Beihilfentatbestandes	229
1.	Marktmechanismus und Staat	229
2.	Privatisierung	231
a)	Begriff der Privatisierung	231
b)	Privatisierung durch Europäisierung	233
aa)	Vermögensprivatisierung	233
bb)	Aufgabenprivatisierung	235
3.	Kompensatorische Prozeduralisierung	235
III.	Materieller Vergleichsmaßstab der Vermögensprivatisierung	238
1.	Market-Economy-Investor-Test	238
a)	Anwendungsbereich	238
b)	Konkrete Anwendung am Beispiel der staatlichen Kapitalzuführung an Unternehmen	239
aa)	Eigenkapitalzuführung	239
bb)	MEIT bei Fremdkapitalzufuhr	240
c)	Diversifizierung des Investorenbildes	240
d)	Private Seller Test	241
e)	Fazit	242
2.	Gutachten eines Sachverständigen	242
a)	Methode der Wertermittlung bei Grundstücken	243
b)	Ausdehnung auf Unternehmensprivatisierungen	244
c)	Fazit	246
IV.	Prozeduraler Vergleichsmaßstab der Vermögensprivatisierung	246
1.	Ausschreibungsverfahren bei Grundstücksverkauf	246
2.	Ausschreibungsverfahren bei Unternehmensprivatisierung	248
3.	Keine beihilfenrechtliche Ausschreibungspflicht	249
4.	Gestaltung des qualifizierten Ausschreibungsverfahrens	249
a)	Wettbewerbsgrundsatz	250
aa)	Benachrichtigung ausgewählter potenzieller Bieter	251
(1)	Entscheidungspraxis der Kommission	251
(2)	Stellungnahme	253
bb)	Öffentliche Bekanntmachung	253
b)	Transparenzgrundsatz	255
aa)	Information	255
bb)	Frist	256
c)	Bedingungsfreiheit und Nichtdiskriminierung	257
aa)	Kommissionspraxis	257
bb)	Schrifttum	259
cc)	Stellungnahme	259

d) Notwendiger Bieterausschluss	260
e) Zuschlagskriterium: Veräußerung an den Meistbietenden	261
5. Fazit	262
V. Materieller Vergleichsmaßstab der Aufgabenprivatisierung	263
1. Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“	263
2. Spannungsverhältnis zwischen DAWI und europäischem Wettbewerbsprinzip	265
a) Wettbewerb als binnenmarktrechtliches Grundprinzip	265
b) Sonderstellung der DAWI	266
3. Materielle Ermittlung der angemessenen Gegenleistung	268
a) Rechtfertigungslösung	268
b) Tatbestandslösung und subjektive Kosten: Das Urteil <i>Ferring</i>	269
c) Kritik am Urteil <i>Ferring</i>	270
d) Objektive Kosten: Das Urteil <i>Altmark Trans</i>	271
aa) Kriterium des Nettomehrkostenprinzips	272
bb) Kriterium des objektiven Kostenmaßstabs	272
e) Ermittlung der objektiven Kosten	273
f) Kritik am Altmark-Trans-Urteil	276
g) Fazit	276
VI. Prozeduraler Vergleichsmaßstab der Aufgabenprivatisierung	277
1. Eigenständigkeit des prozeduralen Modus: Kompensatorische Prozeduralisierung	278
2. DAWI und Wettbewerbsprinzip	279
3. Beihilfenrechtliche Ausschreibungspflicht?	280
a) Obligatorische Ausschreibung	280
b) Optionale Ausschreibung	282
aa) EuGH	282
bb) Kommission	283
cc) Stellungnahme	284
4. Qualifiziertes Ausschreibungsverfahren in der Aufgabenprivatisierung	285
a) Altmark-Kriterien und Ausschreibung	286
b) Zuschlagskriterien	287
c) Zeitliche Begrenzung	287
d) Verfahrensgestaltung	288
5. Fazit	288
VII. Konvergenz von Beihilfen- und Vergaberecht	289
1. Verhältnis von Beihilfenrecht und Vergaberecht im AEUV	289
2. Schnittmengen	291
a) Vermögensprivatisierung	291

Inhaltsverzeichnis	19
b) Aufgabenprivatisierung	292
c) Beschaffungsfremde Kriterien	293
aa) Vergaberechtliche Zulässigkeit	293
bb) Beihilfenrechtliche Zulässigkeit	295
cc) Ergebnis	296
3. Konvergenz	296
VIII. Zusammenfassung	298
Ergebnisse	300
Literaturverzeichnis	307
Sachverzeichnis	334